

民法九四条二項の類推適用による登記を信じた者の保護について

——名古屋高判平成二十二年二月一九日

(金融法務事情一八六八号五三頁)を主要題材として——

吉 岡 伸 一

一 はじめに

わが国では、不動産登記法が制定されており、土地や建物といった不動産については登記簿が備えられ、その所有者や担保権者がその権利を登記できるようにしている。しかし、この登記には、「その登記されている内容が法的にも正しいと信じて取引をした者を救う。」という、いわゆる『公信力』が認められていない。このような法制度がとられているのは、真の所有者(A)である者が何の過失もないのに、その所有権を奪われるべきではないと考えられているからである。つまり、登記名義がAの知らないところで勝手に他人に変更されても、Aは所有権を失わないということにしている。そうでないと、不動産を所有した者は、常にその所有名義が自分自身に登記されていることを確かめておかないと、不安を取り除くことができず、おちおち夜も安心して眠れないということになるからである。

しかし、他方、公信力がないとなると、取引の安全が害されるのは明らかである。登記を信じて取引した買主

(C)の側からいえば、登記名義人(B)と取引しても、自分のものにならないというのも含点がいかないであろう。また、後日、その不動産がBのものではなかったことが判明したときには、Cは所有権を取得できないわけであるから、Bとの間の売買契約を解除して、Bに対して損害賠償を請求することも考えられるが、Bがすでに受け取ったお金を使用果たしてしまっていたり、どこかへ行つて行方が分からなかったりしたら、つまりBに弁済余力、経済的力がなければ、法的に追求できるといつてもする実際には意味がないことになり、踏んだり蹴ったりとしか言いようがない。これでは、不動産の売買等を安心してすることができないことになる。

そこで、わが国の民法は、原則としては「静的安全」を尊重するものの、取引の安全、すなわち「動的安全」にも配慮して、登記という外観作出に関して真の所有者Aに何らかの責任があるようであれば、登記を信じたCを保護して、バランスのとれた解決策を見いだそうと考えている。たとえば、①AがBと通謀して登記名義を移したとか、②Bが勝手に登記名義を移すのを黙認していたとか、③Bが勝手に登記名義を移したけれどもAはそれを知りながら放置していたとか、のいずれかのケースではCを救うことにしている(民法九四条二項の類推適用)。

しかし、これによっても、Aに何らの落ち度もなければ、Cが救われることはない。ただし、一番悪いのはBであるから、Bが全責任を負うべきであるが、上述のようにそのBに実質的に責任追求のしようがないときには、残されたAとCとのいずれかが損をするということにならざるをえない。他国の法制では、不動産登記を重視して動的安全を保護するものもあるが、要は、いずれの利益を重視するか、という法律上のスタンスの問題とも言える。

この問題には、古くから多く判例が蓄積されているが、今回取り上げる事件は、さらに新しい事例を加えたものと評価できるので、本稿のテーマとさせていただいた。

二 事案の概要

本件は、甲野春子（A）及び甲野夏彦（B）が、本件四土地について、無権利者であるにもかかわらず、同人らとA B夫婦との間では、一、三、四の土地と、二、五の建物等につき係争がある（の真の所有者である原告（X）が、Yに対し、所有権に基づき、本件各根抵当権設定登記の抹消登記手続を求めた事案である）を共有者とする所有権移転登記が登記簿にあることを奇貨として、ユタカノ工業株式会社（C）ないしAを債務者とし、被告（Y）を根抵当権者とする本件根抵当権を設定して、その設定登記手続を行ったとして、本件四土地（X）とA B夫婦との間では、一、三、四の土地と、二、五の建物等につき係争がある（の真の所有者である原告（X）が、Yに対し、所有権に基づき、本件各根抵当権設定登記の抹消登記手続を求めた事案である）。

これに対して、Yは、Xにおいて、本件四土地について、A B夫婦を共有名義人とする所有権移転登記がされていることを知りながら、これを存続せしめることを容認し、これを放置していたのであるから、民法九四条二項の類推適用により、Yに対し、上記所有権移転登記が不実の登記であることを主張して本件各根抵当権設定登記の抹消登記手続を求めることはできないと争った。

- (1) 亡甲野太郎（D：昭和六三年九月一三日死亡）及び亡甲野花代（E：平成二年九月七日死亡）の子は、X、A及び長女乙山松子（F）の三名である。
- (2) Dは昭和五八年三月八日付け公正証書遺言（以下、「昭和五八年遺言」という。）を作成したが、その後昭和五九年一月一二日付け公正証書を作成し、同証書において、「Dの全財産をEに相続させる。遺言執行者としてEを指定する」旨遺言した（以下、「昭和五九年遺言」という。）。Eの死亡後は、初鹿野正弁護士（G弁護士）が遺言執行者となった。

- 本件四土地は、Dの所有であった。
- (3) F及びAが、Eの死後、相続放棄の申述を家庭裁判所に対して行ったことから、XがEを相続し、本件四土地を含むEの遺産をすべて取得した。
- (4) ところが、本件四土地について、A B夫婦を各持分二分の一の共有者とし、昭和四七年一〇月二一日時効取得を登記原因とする所有権移転登記が昭和五八年一二月二三日受付でなされた。
- (5) 平成五年五月一九日、本件遺言執行者は、本件四土地等はDの遺産である旨を主張して、本件所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えを名古屋地方裁判所岡崎支部（H裁判所）に提起した（丙事件）。これに伴い、本件所有権移転登記について、「平成五年五月一九日H裁判所へ訴提起」を登記原因とする同月二四日受付の所有権抹消予告登記（なお、平成一七年の不動産登記法改正施行により、予告登記制度は廃止されている）がなされた。
- (6) 丙事件において、A B夫婦は、本件四土地は、Dから贈与されたと主張したが、H裁判所は、平成一一年一月二六日、本件四土地はDの所有するものであり、同土地がDからA B夫婦に贈与された事実は認められないとして、A B夫婦に対し、同土地についての所有権移転登記の抹消登記手続を命じる判決を言い渡した。
- A B夫婦が控訴したところ、本件遺言執行者は、控訴審において、請求の趣旨を、本件遺言執行者への真正な登記名義回復を原因とする所有権移転登記手続を求める訴えに変更し、控訴審裁判所は、平成一二年五月一六日、本件四土地はDの遺産であり、本件所有権移転登記は現在の権利関係に符合していないとして、本件遺言執行者のA B夫婦に対する上記請求を認容する判決を言い渡した。
- A B夫婦は、これに対し上告したが、平成一四年七月一二日、上告棄却の決定がなされ、前記控訴審判決は確定した。
- (7) 上記(6)の丙事件判決の確定後、Xは、本件遺言執行者らから、本件四土地について本件遺言執行者勝訴の判決

が確定したこと、同判決等に基づいてX名義に所有権移転登記ができることを教えられたが、その当時、Xは、生活費にも困窮しており、登記手続費用や本件四土地の固定資産税等の公租公課を支払える資力がなかったことから、そのまま上記登記を放置していた。

(8) Yは、平成一七年一〇月二八日、本件四土地および本件二建物、本件五建物について、A B夫婦との間で本件根抵当権（C社を債務者として極度額六七〇〇万円、C社及びAを債務者として極度額三六〇〇万円の各根抵当権）の設定契約を締結し、本件各根抵当権設定登記をなした。

(9) Yの従業員であり本件根抵当権設定契約の担当者であるKは、同契約を締結するにあたって、本件四土地の登記簿を確認し、本件予告登記の存在に気づいた。しかし、Kは、A B夫婦から「本件四土地は、Dの遺産ではないのに、Dの遺産問題に絡めて訴訟で問題とされ、本件予告登記がなされた。平成一四年に本件四土地に関する裁判も含めてDの遺産に関する裁判は終わっており、本件三土地などDの名義に戻された不動産は、再度遺産分割協議をすることになった。しかし、本件四土地については、本件一土地や本件三土地とは異なり、裁判で、A B夫婦の所有であることが認められた。だから、本件四土地の本件予告登記は抹消されるはずである。なぜ抹消されていないのだろうか。」との虚偽内容を含む説明を受けたが、A B夫婦の上記説明内容をそのまま信じ、Yの社内稟議に回し、その結果、Yは、本件根抵当権設定契約を締結した。

Kを含め、Yにおいては、A B夫婦に、本件四土地に関する裁判の判決書を見せるよう依頼したことはなかった。

△参 考▽

△本件一土地について▽

- ① 昭和五九年に、A B夫婦の各二分の一の共有持分を有する旨の登記がなされた。
 - ② 昭和六二年、Dの後見人であったEは、A B夫婦を相手に、Dに対し真正な登記名義回復を原因とする移転登記手続請求訴訟をH裁判所に提起した(乙事件)。同訴訟は、Dの死亡によりEが、そしてEの死亡によりG弁護士が順次遺言執行者として訴訟を承継した。
 - ③ 平成四年九月二九日に、A及びBがそれぞれ豊田信用金庫(以下、「豊田信金」という。)のために、各持分につき、AないしBを債務者とする各々極度額一八〇〇万円、一六〇〇万円の根抵当権を各設定し、登記がなされた。また同日C社を債務者として、豊田信金に対し、極度額一億円の根抵当権が設定された。
 - ④ 平成五年五月一九日にH裁判所に訴え提起があったとして、同月二四日に③の根抵当権抹消の予告登記がなされた。
 - ⑤ 平成一一年一月二六日H裁判所は、遺言執行者勝訴の判決を言い渡した。A B夫婦上訴。
 - ⑥ 平成一二年三月一日、③の根抵当権登記が抹消された。
 - ⑦ 平成一二年五月一六日控訴棄却。
 - ⑧ 平成一四年七月二二日上告棄却。
 - ⑨ 平成一四年九月二〇日、Dへ真正な登記名義回復を原因とする共有持分全部移転登記手続がなされ、同日受付でXがEから相続(平成二年九月七日)により取得した旨の登記がなされた。
- △本件三土地について▽
- ① もとDの所有であったが、Aは昭和五八年遺言に従い、Dの相続を原因とするAへの所有権移転登記手続をな

- した。
- ② 昭和六三年一〇月六日、Eは、昭和五九年遺言の遺言執行者として、処分禁止の仮処分を得た上で、DからAへの所有権移転登記の抹消登記手続請求訴訟をH裁判所に提起した。
- ③ ②の訴えが提起されたため、同日前記所有権につき抹消予告登記がなされ、同月七日にH裁判所が本件二建物につき処分禁止の仮処分命令をした旨の登記がなされた。
- ④ H裁判所は、平成五年五月二十七日遺言執行者勝訴の判決を言い渡した。
- ⑤ 平成九年五月二十八日控訴棄却。
- ⑥ 平成九年一月一日一四日七告棄却。
- ⑦ 平成一四年八月二十八日受付による登記がなされ、結局D名義に復帰した。
- △本件二及び五建物について▽
- ① Aは平成六年一月二四日本件五建物を本件三及び四土地上に新築した。
- ② Aは平成七年三月一三日本件二建物を本件一土地上に新築した。
- △T市U町の土地建物について▽
- 平成一一年一月二六日、G弁護士がA B夫婦、C社及び豊田信金を相手取った訴訟につき、H裁判所は判決をなした（平成一二年五月一六日A B夫婦及びC社の控訴棄却、平成一四年七月一二日同人らの上告棄却）が、この訴訟には、乙事件、丙事件のほか、T市U町の土地建物についての事件（以下、「甲事件」という。）が併合されていた。

三 第一審判決の概要

第一審(名古屋地裁岡崎支判平成二〇年九月二六日判例時報二〇三二号八五頁、金融法務事情一八五七号五六頁、金融・商事判例一三〇四号五〇頁)は、次のように判示して、Xの請求を認めた。

(1) 民法九四条の予定する虚偽表示をXは作出したか

ア まず、Xは、本件では、Xが本件四土地につき平成一四年七月一二日最高裁判所判決を得た後本件根抵当権設定がなされた平成一七年一〇月二八日まで、自己名義に登記を移さなかつたとはいえ、それは単なる消極的な態度にすぎず、虚偽の意思表示に匹敵する虚偽の外観たる登記を積極的に作出したわけではないから、そもそも民法九四条を用いる前提に欠けると主張する。

そこで検討するに、なるほど前記のとおり、本件四土地につき、Xは自己に登記を移すことができる状態であつたにもかかわらず、本件根抵当権登記に至るまで同移転登記をなさなかつたことが認められる。

イ しかしながら、移転登記の不作為の期間は三年余りの間にすぎず、この程度の期間で自己名義に登記がない状態を容認したといえるかは疑問なしとしないのみならず、本件四土地とともにAB夫婦と紛争になっていた本件一土地については現に自己に登記をしているのであって、しかも本件四土地の登記簿には日裁判所に訴訟が提起された旨の予告登記があつて登記簿上紛争があつたこと自体は少なくとも明白であるから、自己に登記がない状態を積極的に容認していたとみることはできない。のみならず不動産登記には元々公信力は認められていないから、所有権登記があつただけではその名義人が真実の権利者とは認められない上、何人も自己の所有しないものを処分す

ることはできない」との理はローマ法以来の民法における当然の大原則であるから、登記簿上に所有名義の記載があつたといつても、同名義人と取引関係に入るにあつては、相応の注意を要することもまた自明のことである。

ウ なお、この点、Yは、登記簿上の名義人の記載の真实性を裏付けるものとして、固定資産税の納税等を挙げるとは限らないところ、とりわけ登記簿上前記予告登記等がある場合においては、そうした紛争の中で、自らを真実の所有者と信じる者が納税通知を受ければ納税を続けることは十分に考えられるところであるから、前記予告登記の記載等からしても、これをもって、真実の所有者であることを信じるに足りる合理的なものとはいえず、よつて、必要十分な裏付け調査をYがなしたとはいえないから、登記に公信力がないという大原則に優越するべきY保護の必要性が實際上認められるとはいえない。

エ もともと民法九四條二項は、表示者のなした虚偽の権利の外観を信頼した善意の第三者を保護する制度であるが、しかしその適用の前提として、登記に公信力が認められないこと、換言すれば真実の所有者の保護の必要性も当然に踏まえた上でなお、取えて虚偽の権利の外観を作出した者を保護する必要がない事案であつて初めて妥当する制度である。

オ そうすると、以上に指摘した事実関係の下では、本件四土地につき、Xが上記最高裁判所判決後三年度自己名義への登記を怠つていたことをもつて、Xにおいて、「虚偽の意思表示」を「した」場合と匹敵するだけの虚偽の権利の外観を取えて作出したなどとはいえない。

(2) Yは民法九四條二項の善意の第三者か

仮に前記(1)でXに虚偽表示の作出が認められるとしたとしても、本件では、後記イのとおり、結局、Yは民法九

四条二項の善意の第三者にあたらぬ。すなわち、Yが、本件四土地の真実の所有者がAB夫婦ではないことにつき、仮に善意であったとしても、善意であることにつき重大な過失がある。

ア ここで、民法九四条二項にいう「善意の第三者」の意味について検討しておく、民法九四条二項の文言は「善意」と規定するにすぎないから、善意であることにつき無過失である必要はないと解される。民法九四条二項は、虚偽の（意思）表示を自ら作出した者に対しその表示どおりの責任を負わせるにすぎないから、第三者はその虚偽の表示につき善意であれば足り、善意であることにつき無過失であることを要しない趣旨と解されるからである。

他方、だからといって、民法九四条二項は、虚偽の表示であることを知らなかったことにつき重過失である者まで保護する趣旨と解することはできない。重過失により知らなかった者は、悪意に等しく、同条項による保護に値しない。

イ 前段を踏まえ、これを本件についてみるに、Yは、本件根抵当権の設定を受けたのは、本件四土地のほか、本件二、五建物であるところ、これら物件に関する物件明細書の本件備考欄に記載された権利関係であることを調査するに障害となる事情は本件では見出しがたい。むしろ登記簿上の予告登記における具体的な記載や本件根抵当権の対象の本件五建物の敷地の一部となっている本件三土地の登記簿の記載（予告登記）を踏まえると、そこから予想される問題点の把握及び調査、検討、裏付けを順に進めていくことは通常当然に必要とされる調査とすべきである。とりわけ金融機関であるYは、本件根抵当権の設定を受けるにつき、専門家としての高度の注意能力及び調査能力（他の専門機関に委託してその調査等を依頼する場合をも含む）を十分に活用する必要があり、法律上経済上回収できない危険性がある貸付を回避すべき責務を負っていることを併せると、本件備考欄に記載された程度の内容を、仮に本件根抵当権設定当時Yが知らなかったとしても、知らなかったことにつき重大な過失があるとい

える。なお、債務者所有者からの提供・設定を受けた担保権の実行は民事執行法が適用になるところ、民事執行法自体、債権者・担保権者の自己責任を免れさせる趣旨のものではなく、むしろ債権者等の自己責任を前提として組み立てられた法制度である。

そうすると、Yは、民法九四条二項の善意の第三者とはいえない。

(3) Yの主張の検討

ア Yは、本件四土地は、本件根抵当権設定当時、Dへの名義回復がなされた本件一、三土地とは異なり、AB夫婦の名義のままであったなどとする。

しかしながら、前記のとおり、本件三土地は、本件根抵当権の対象となった本件五建物の敷地の一部であり、また本件一土地も本件四土地等の本件根抵当権の対象不動産と近接する不動産であつて、もともと権利関係の調査把握が必要不可欠である（なお、これらが同一所有者等であれば、全てを一括して共同担保に取ることを検討し、またその後の担保権実行手続でも一括売却の対象として入札・売却の検討を予定する関係に立つ関連物件である。民事執行法六一条）。しかも本件一、三土地は親族間の相続がらみの紛争にして、現に上告審である最高裁判所まで争う状況にあつた。にもかかわらず、Yは、本件根抵当権の対象物件については、そのような問題があつたと理解しなかつたというのであるから、本件四土地や本件二、五建物を担保にとる際に、通常なすべき注意を果たしていなかば疑問である。なお、その際のAの説明が仮にY指摘のとおりであつたとしても、結論を左右するとは解されない。

イ Yは、甲、乙事件は、平成五年に既にYとの関係で訴訟は取下げにより終了し、その訴訟代理人との委任関係は終了していた上、本件四土地は同訴訟の対象でなく、Yは丙事件の訴訟当事者ではなく、関与がなかつたから、

前記訴訟代理人に問合せるべきだったとか、これらについての判決書を手すべきであったとかは当然にはいえないとする。

しかし、前記のとおり、本件四土地や本件二、五建物を本件根抵当権の対象とするにあつては、その担保価値の経済的な査定評価はもちろんのこと、かかる査定評価の前提として、これにまさに具体的現実的に影響を及ぼすところの、対象物件等についての法的紛争の有無や実体的権利関係の精査をするのは当然のことであつて、しかも問題がある可能性やその徴表が窺われた場合には、融資や担保権設定契約の相手方の説明を鵜呑みにすることなく、一層突っ込んだ裏付け調査が必要となることも論を待たないのであり、しかも上記Yの指摘はかかる裏付け調査の障害となる事柄とは認め難いから、Yの主張は採用できない。

ウ Yは、本件四土地の予告登記は、同土地をめぐる訴訟の控訴審において真正な登記名義回復を原因とする移転登記手続請求へと訴訟物の変更がなされた以上は、抹消登記を前提とする予告登記はその法的根拠を失つたなどとする。

しかし、仮に訴訟物の変更によって当該予告登記との同一性が失われるなどしたとしても、本件四土地について訴訟提起が現にあつたことが登記簿上で知れる以上、いずれにせよその紛争の実態把握、推移及び結果を十分に裏付け調査して、担保を取るにあつたので問題点を払拭しておく必要があつたこと自体は少しも変わりはないから、Yの主張は採用できない（なお、以上の下線部分は筆者が付けたものである）。

四 本判決の概要

本判決（名古屋高判平成二二年二月一九日金融法務事情一八六八号五三頁）も、理由付けは異なるものの、次の

ように判示して、第一審の判断を支持し、控訴を棄却した。

すなわち、本件根抵当権設定契約の締結時、本件四土地は、真実はXの所有であったが、不動産登記簿上は、A B夫婦名義の本件所有権移転登記が存在したと認められる。そして、このような状態が生じたのは、A B夫婦の所有名義となつて登記につき、本件遺言執行者が提訴した丙事件の判決確定後においても、Xが自身に移転登記をせずに、放置したことが主な原因であるといわざるを得ない。ただし、本件予告登記が存在していたから、平成五年五月一九日に本件所有権移転登記の抹消登記手続を求める訴えが提起されているという事実が登記簿上に公示されており、かつ、同予告登記がまだ抹消されていないのであるから、予告に係る訴えを提起した者が敗訴したことが確定してはいないこと（逆にいえば、A B夫婦勝訴の判決が確定してはいないこと、換言すれば、権利者がいずれであるかが浮動的事であること）を推認させる外観があったということが出来る。

したがって、本件四土地についての丙事件の本件遺言執行者の勝訴判決が確定した後、Xが、いつでもX名義に所有権移転登記手続を行える状態になつてからも、これをせずに長期間放置した事情があるとしても、本件四土地の不動産登記簿上、YがA B夫婦を同土地の所有者（共有者）と疑いもなく信じるべき外観自体が存在したとはいえず、その意味では、Yは、登記簿上、A B夫婦が所有名義人であると記載されている部分の表示・外観だけを信じて取引関係に入ったとはいえない者である。そうすると、本件は、外観を信頼した者について民法九四条二項を類推適用することによって保護すべき場合とは異なる問題状況にあるとすべきであり、外観保護の必要性は必ずしも高くはなく、あえて民法九四条二項の類推適用によりYを保護すべき場合には該当しないというべきである。

五 本事件についての小括

五〇

(1) 本件第一審判決に関して

本件第一審判決には、言わなくてもよい所が見受けられる。たとえば「不動産登記には元々公信力は認められないから、所有権登記があっただけではその名義人が真実の権利者とは認められない」「登記簿上に所有名義の記載があつたといつても、同名義人と取引関係に入るにあつては、相応の注意を要することもまた自明のことである。」などである。

また、「本件四土地につき、Xが上記最高裁判所判決後三年程度自己名義への登記を怠っていたことをもって、Xにおいて、「虚偽の意思表示」を「した」場合と匹敵するだけの虚偽の権利の外観を敢えて作出したなどとはいえない。」との判示があるが、登記を三年も怠っていることが「黙認」あるいは「放置」にならないとすると、最近の最高裁判例と見解が異なっているのではないかとの疑問が出てくる。本事件では、予告登記がされているのであるから、上記登記を怠っていたとしても登記名義人が完全な所有権を維持していると判断できない事情が窺えるため、これを明言すべきではなかったのか。

さらに、「これら物件に関する物件明細書の本件備考欄に記載された権利関係であることを調査するに障害となる事情は本件では見出しがたい。」とあるが、この点につき、第一審判決で次のような記載がある。すなわち、「(Y申立ての)競売に関し、物件明細書の「五 その他買受けの参考となる事項」欄(以下、「本件備考欄」という。)には、本件四土地につき『所有者らに対して真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を命ずる旨の判決が確定している。』、本件二、五各建物については、その『全部につき、その敷地利用権はない。』旨記載されてい

る。」と。しかし、予告登記の存在は見つけられて疑問を持つことができても、本件四土地につき『所有者らに対して真正な登記名義の回復を原因とする所有権移転登記手続を命ずる旨の判決が確定している。』とか、本件二、五各建物については、その『全部につき、その敷地利用権はない。』とかは、Yないしその担当者がA B夫婦から資料をもらわないと判明しないのではないか。事実、Yの担当者は本件では当該資料をもらえなかったのであるから、「調査するに障害となる事情は本件では見出しがたい。」と言いつつ切っているのは言いすぎの感を免れない。

加えて、「本件一土地も本件四土地等の本件根抵当権の対象不動産と近接する不動産であって、もともと権利関係の調査把握が必要不可欠である」と判示しているが、担保にとる不動産以外の不動産に関して、何らかの特別の事情のない限り、通常は権利関係の調査まで行わないものと思える。少なくとも「近接」するだけでは対象外と判断するのではないだろうか。

最後に、「本件四土地や本件二、五建物を本件根抵当権の対象とすることは、その担保価値の経済的な査定評価はもちろんのこと、かかる査定評価の前提として、これにまさに具体的現実に影響を及ぼすところの、対象物件等についての法的紛争の有無や実体的権利関係の精査をするのは当然のことであって、しかも問題がある可能性やその徴表が窺われた場合には、融資や担保権設定契約の相手方の説明を鵜呑みにすることなく、一層突っ込んだ裏付け調査が必要となることも論を待たない」との判示は、まさにその通りであって、この部分を強調し、前述の指摘部分には言及しなくてよかつたのではあるまいか。

(2) 本件控訴審判決に関して

本判決は、第一審判決と結論は同じであるものの、簡潔明瞭であり、賛成したく思う。ただ、第一審判決は、「権利の外観」を登記簿の所有欄に求め、これを「有」と判断するものの、Yが重過失により予告登記を見逃がしたた

め、民法九四条二項の適用を否定したのに対し、本判決は予告登記も含めて「権利の外観」と解している。この点は、第一審判決の方が論理的であるように思える。

六 民法九四条二項に関する近時の最高裁判例

1. 最一小判平成一八年二月二三日（民集六〇巻二号五四六頁、判例時報一九二五号九二頁、判例タイムズ二二〇五号一二〇頁、金融法務事情・七七八号八七頁、金融・商事判例一二五三号一四頁）

(1) 事案の概要

① Xは、平成七年三月にその所有する土地を大分県土地開発公社の仲介により日本道路公団に売却した際、同公社の職員であるAと知り合った。

② Xは、平成八年一月一日ころ、Aの紹介により、Bから、本件不動産を代金七三〇〇万円で購入、同月二五日、BからXに対する所有権移転登記がされた。

③ Xは、Aに対し、本件不動産を第三者に賃貸するよう取り計らってほしいと依頼し、平成八年二月、言われるままに、業者に本件不動産の管理を委託するための諸経費の名目で二四〇万円をAに交付した。Xは、Aの紹介により、同年七月以降、本件不動産を第三者に賃貸したが、その際の賃借人との交渉、賃貸借契約書の作成及び敷金等の授受は、すべてAを介して行われた。

④ Xは、平成一一年九月二二日、Aから、上記二四〇万円を返還する手続をするので本件不動産の登記済証を預からせてほしいと言われ、これをAに預けた。

また、Xは、以前に購入しXへの所有権移転登記がされないままになっていた大分市大字松岡字尾崎西七三七一番四の土地（以下、「七三七七一番四の土地」という。）についても、Aに対し、所有権移転登記手続及び隣接地との合筆登記手続を依頼していたが、Aから、七三七七一番四の土地の登記手続に必要であると言われ、平成一年一月三〇日及び平成二年一月二八日の二回にわたり、Xの印鑑登録証明書各二通（合計四通）をAに交付した。

なお、XがAに本件不動産を代金四三〇〇万円で売り渡す旨の平成一年一月七日付け売買契約書（以下、「本件売買契約書」という。）が存在するが、これは、時期は明らかでないが、Xが、その内容及び用途を確認することなく、本件不動産を売却する意思がないのにAから言われるままに署名押印して作成したものである。

⑤ Xは、平成二年二月一日、Aから七三七七一番四の土地の登記手続に必要であると言われて実印を渡し、Aがその場で所持していた本件不動産の登記申請書に押印するのを漫然と見ていた。Aは、Xから預かっていた本件不動産の登記済証及び印鑑登録証明書並びに上記登記申請書を用いて、同日、本件不動産につき、XからAに対する同年一月三十一日売買を原因とする所有権移転登記手続をした（以下、この登記を「本件登記」という。）。

⑥ Aは、平成二年三月二三日、Yとの間で、本件不動産を代金三五〇〇万円で売り渡す旨の契約を締結し、これに基づき、同年四月五日、AからYに対する所有権移転登記がされた。Yは、本件登記等からAが本件不動産の所有者であると信じ、かつ、そのように信ずることについて過失がなかった。

⑦ 以上のような状況下、Xが、Yに対し、本件不動産の所有権に基づき、AからYに対する所有権移転登記の抹消登記手続を求めて訴訟が提起された。

(2) 原審の判断

原審（福岡高判平成一五年三月二八日金融・商事判例一二五三号一八頁）は、民法一一〇条の類推適用により、Yが本件不動産の所有権を取得したと判断して、Xの請求を棄却すべきものとした。

五四

(3) 本判決の概要

前記確定事実によれば、Xは、Aに対し、本件不動産の賃貸に係る事務及び七三七一番四の土地についての所有権移転登記等の手続を任せていたのであるが、そのために必要であるとは考えられない本件不動産の登記済証を合理的な理由もないのにAに預けて数か月間にわたってこれを放置し、Aから七三七一番四の土地の登記手続に必要と言われて二回にわたって印鑑登録証明書四通をAに交付し、本件不動産を売却する意思がないのにAの言うままに本件売買契約書に署名押印するなど、Aによって本件不動産がほいままに処分されかねない状況を生じさせていたにもかかわらず、これを顧みることなく、さらに、本件登記がされた平成一二年二月一日には、Aの言うままに実印を渡し、AがXの面前でこれを本件不動産の登記申請書に押捺したのに、その内容を確認したり用途を問いただしたりすることもなく漫然とこれを見ていたというのである。そうすると、Aが本件不動産の登記済証、Xの印鑑登録証明書及びXを申請者とする登記申請書を用いて本件登記手続をすることができたのは、上記のようなXの余りにも不注意な行為によるものであり、Aによって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについてのXの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである。そして、前記確定事実によれば、Yは、Aが所有者であるとの外観を信じ、また、そのように信ずることについて過失がなかったというのであるから、民法九四条二項、一一〇条の類推適用により、Xは、Aが本件不動産の所有権を取得していないことをYに対し主張することができないものと解するのが相当で

ある。Xの請求を棄却すべきものとした原審の判断は、結論において正当であり、論旨は理由がない。

(4) 小括

従来の判例が実際に民法九四条二項を類推適用した事例は、真の権利者が関与しているか、明示的あるいは黙示的に承認しているかの事例であったが、本事例では真の権利者は黙示的にも承認していない事例であった。その意味で、最高裁としては「放置」したケースにおいて初めて認められた新しい事例である。一般論としては、我が国では公信力が認められていないので、本人の意思がまったく関与していない事例において、民法九四条二項を類推適用するのはごく例外的にしか認められるべきではないであろう。そのため、善意だけでは足りないとして、一一〇条を類推適用し、無過失も必要であるとしている。そうでないと、静的安全が確保できないことになるであろう。

本事案のXは、あまりにもAを盲信したために、ほんのわずかの注意義務を払いさえすれば、Aの不正を見つけることができたにもかかわらず、これを怠り、虚偽の外観（Aが所有者として登記されたという不実の登記）が作出されたことを漫然と見過ごしている。そして、本判決は、これらの行為を、「知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべき」と断じている。Xには気の毒な気がしないではないが、作出された外観を信じた者との利益バランスを考慮すると、本判決に賛成せざるを得ない。

2. 最二小判平成一五年六月一三日（判例時報一八三二号九九頁、判例タイムズ一一二八号三七〇頁、金融・商事判例一一八四号五五頁）

五六

(1) 事案の概要

① 平成一一年二月二八日、Xは、訴外B社との間で、五月三十一日を期限として、X所有の本件土地建物の所有権移転及び所有権移転登記手続と売買代金八二〇〇万円の支払とを引換えとするとの約定で、本件土地建物の売買契約を締結した。

その際、B社の代表者であるAが、本件土地の地目を田から宅地に変更し、道路の範囲の明示や測量をし、近隣者から承諾を得るために委任状が必要であるというので、Xは、委任事項が白紙の委任状二通（以下、「本件各委任状」という。）を作成して、これをAに交付した。この際、Aは、Xに対し、司法書士の手間、費用、時間などを考えると、五月三十一日の所有権移転登記に間に合わせるために本件土地の地目の田から宅地への変更、道路の範囲の明示、測量等の所有権移転の事前準備の必要があるため、登記済証を預かりたいとって、「事前に所有権移転しますので、本日、土地、建物の権利書を預かります」との記載がされた預り証（以下、「本件預り証」という。）を交付した。Xは、その記載を見たものの、深く考えず、Aに言われるままに、本件土地建物の登記済証を預けた。

② Xは、三月四日、道路の範囲の明示に必要であるという説明に従い、Aに対し、更に委任事項が白紙の委任状を作成して交付したほか、同日から同月九日にかけて、自己の印鑑登録証明書を交付した。Xの妻は、四月二日にXの意を受けて、Aの求めに応じて、X名義の委任事項が白紙の委任状を作成して交付した。

③ 三月九日、Xは、Aから本件各委任状の写しの交付を受けたところ、それらには、「事前に所有権移転をしても

らって結構です」、又は「上記の物件の土地、建物の売買に関して一切の権限を委任します」との記載が書き加えられていることに気付いた。

④ Aは、Xに対し、五月三十一日に売買代金の決済と同時にB社に本件土地建物の所有名義を移転すると述べていたことから、Xは、これを信じており、同日よりも前にB社に対して所有権を移転させる意思はなかった。

⑤ AないしB社関係者は、X又はその妻から交付を受けた上記各書類を悪用して、Xに対して本件土地建物の売買代金を支払うことなく、本件土地建物につき、四月五日受付で、XからB社への第一審判決別紙登記目録一記載の所有権移転登記（以下、「本件第一登記」という。）をした。

⑥ B社は、四月一五日、Y企画との間で、本件土地建物を代金六五〇〇万円で売り渡す旨の契約を締結し、これに基づき、同月一六日、B社からY企画への第一審判決別紙登記目録二記載の所有権一部移転登記及び持分全部移転登記（以下、これらの各登記を併せて「本件第二登記」という。）がされた。Y企画は、B社に本件土地建物の所有権が移転していないことにつき善意、無過失であった。

⑦ Y企画は、四月二八日、F社との間で、本件土地建物を代金六五〇〇万円で売り渡す旨の契約を締結し、これに基づき、同日、Y企画からF社への第一審判決別紙登記目録三記載の所有権一部移転登記及び持分全部移転登記（以下、これらの各登記を併せて「本件第三登記」という。）がされた。F社は、B社に本件土地建物の所有権が移転していないことにつき善意、無過失であった。

(2) 原審の判断

原審（大阪高判平成一四年三月二六日）は、上記事実関係に基づき、次のとおり判断して、Xの請求を棄却すべきものとした。

Xは、不動産取引、不動産登記手続において重要な登記済証、白紙委任状及び印鑑登録証明書を安易にAに交付していること、本件第一登記がされる前の二月二十八日には、上記(1)の①のとおりの本件預り証の記載を見ており、また、三月九日には、Aから、上記(1)の③のとおりに書き加えられた本件各委任状の写しの交付を受けており、事前にB社に対して本件土地建物の所有権移転登記がされる危険性があることを予測することができることも、Aに対してこれを問いただすことが十分にでき、そうすることによって、XからB社への不実の登記がされることを防止することは十分に可能であったこと、以上によれば、Xにおいて落ち度があったものであり、その後に取引を行った者との関係では、Xに帰責事由があったものと評価せざるを得ない。

したがって、Xは、民法九四条二項、一一〇条の類推適用により、B社に本件土地建物の所有権が移転していないことにつき善意、無過失でB社から本件土地建物を買受けたY企画に対して、B社に本件土地建物の所有権が移転していないことを対抗することができず、本件第二登記の抹消登記手続を求めることができない。また、F社は、上記の保護を受けるY企画から本件土地建物を買受けたものであり、かつ、B社に本件土地建物の所有権が移転していないことにつき善意、無過失であったから、XはF社に対し、B社に本件土地建物の所有権が移転していないことを対抗することができず、本件第三登記の抹消登記手続を求めることができない。

(3) 本判決の概要

しかしながら、本判決は、次のように述べて、本件を原審に差し戻した。

① 前記原審の認定の事実によれば、Xは、地目変更などのために利用するにすぎないものと信じ、Aに白紙委任状、本件土地建物の登記済証、印鑑登録証明書等を交付したものであって、もとより本件第一登記がされることを承諾していなかったところ、XがAに印鑑登録証明書を交付した三月九日の二七日後の四月五日に本件第一登

記がされ、その一〇日後の同月一五日に本件第二登記が、その一三日後の同月二八日に本件第三登記がされるところのように、接着した時期に本件第一ないし第三登記がされている。

② また、記録によれば、Xは、工業高校を卒業し、技術職として会社に勤務しており、これまで不動産取引の経験のない者であり、不動産売買等を業とするB社の代表者であるAからの言葉巧みな申入れを信じて、同人に上記①の趣旨で白紙委任状、本件土地建物の登記済証、印鑑登録証明書等を交付したものであって、Xには、本件土地建物につき虚偽の権利の帰属を示すような外観を作出する意図は全くなかったこと、Xが本件第一登記がされている事実を知ったのは五月二六日ころであり、Y企画らが本件土地建物の各売買契約を行った時点において、Xが本件第一登記を承認していたものでないことはもちろん、同登記の存在を知らざればこれを放置していたものでもないこと、Aは、白紙委任状や登記済証等を交付したことから不安を抱いたXやその妻からの度重なる問い合わせに対し、言葉巧みな説明をして言い逃れをしていたもので、XがB社に対して本件土地建物の所有権移転登記がされる危険性についてAに対して問いただし、そのような登記がされることを防止するのは困難な状況であったことなどの事情をうかがうことができる。

③ 仮に上記②の事実等が認められる場合には、これと上記①の事情とを総合して考察するときは、Xは、本件土地建物の虚偽の権利の帰属を示す外観の作出につき何ら積極的な関与をしておらず、本件第一登記を放置していたとみることもできないのであって、民法九四条二項、一一〇条の法意に照らしても、B社に本件土地建物の所有権が移転していないことをY企画らに對抗し得ないとする事情はないというべきである。そうすると、上記の点について十分に審理をすることなく、上記各条の類推適用を肯定した原審の判断には、審理不尽の結果法令の適用を誤った違法があるといわざるを得ず、論旨はこの趣旨をいうものとして理由がある。

したがって、原審の前記判断には、判決の結論に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決は破

棄を免れない。そして、上記の点について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。

六〇

(4) 小括

本事案のXは、Aを信じて印鑑登録証明書や登記済証等をAに渡したものの、Aの不正に気づいた後速やかに訴訟を提起するなどの対応をとっている。また、Aが虚偽の外観（不実の登記）を作出したことについても、法律知識が乏しかったことなどから、結果的にはAに言いくるめられたとはいえ、問い質すなどの努力をしており、漫然と見過ごしたのではなかった。本判決は、これらの行為を、「放置していたとみることもできない」と判断し、民法九四条二項の類推適用を否定し、Xの請求を認めたと考えられる。

他方、転得者であるY企画らは善意、無過失とされているものの、わずかの期間内で買い取った本件土地建物を買い取り価格と同金額で売却しているという不自然さがある。登記費用やそれに関する手間をかけて同金額で売却しているのは、Y企画には損失しか残らないため、とても合理的、経済的に行動したとは説明できない。したがって、本事案では、Xとのバランスを考慮すると、妥当であると思われる。事後処理として、Y企画らからのB社への不当利得返還請求権が認められれば十分ではないかと思える。

3. 最三小判平成一二年一月一九日（判例時報一七三七号三五頁、判例タイムズ一〇五三号九二頁、金融法務事情一六〇六号七一頁、金融・商事判例一一一五号三頁）

(1) 事案の概要

① Xの夫甲は、本件土地を賃借していたが、昭和五一年五月頃、本件土地上に本件建物を建築することとし、甲

の前妻との子である乙の名義で建築確認申請をし、同年一月頃本件建物を建築した。

② 昭和五二年二月二八日、本件建物は、家屋補充課税台帳に乙を所有者として登録された。以降、甲は、本件建物につき課税された固定資産税を乙の名義で支払い、右家屋補充課税台帳への登録を事後的に承認していた。

③ ところが、甲の知らないうちに、本件建物について、昭和六二年四月一七日に乙を所有者とする所有権保存登記がされ、同年一〇月に乙からAに売買を原因とする所有権移転登記がされ、丙を権利者とする根抵当権設定登記がされた。

④ その後、丙が平成二年に右根抵当権の実行をし、その不動産競売手続において、Yが平成六年に本件建物を買い受けた。

⑤ 他方、甲は、Xに対し、平成元年五月二日本件土地の借地権を贈与した。

⑥ そこで、Xが、本件土地の賃借権に基づき本件土地の所有者の所有権に基づく返還請求権を代位行使して、Yに対し、本件建物収去、土地明渡しなどを求めた。

⑦ 第一審（東京地判平成九年七月一八日金融・商事判例一一一五号八頁）は、建物に関しては民法九四条二項および一一〇条の法意によりYが所有権を取得するが、本件では根抵当権に基づく競売手続においても、現に甲が本件土地の借地人であるとされ、本件建物は、借地権を伴わないものとして評価されていることから、土地の借地権に関しては借地権存在の外観がないとして九四条二項の類推適用を否定し、Xの請求を認容すべきものとした。

(2) 原審の判断

これに対し、原審（東京高判平成一一年二月二四日金融・商事判例一一一五号七頁）は、家屋について、第一審

同様、民法九四条二項および一〇条の法意により、本件保存登記を信頼した善意・無過失の第三者である丙に対しては、乙が本件建物の所有者でないことを対抗しえず、したがって、Yは、競落により本件建物の所有権を取得するとした後、次のように述べてXの請求を棄却すべきものとした。

建物を所有するために必要な敷地の借地権は、建物所有権の従たる権利としてこれに付随し、これと一体となつて一つの財産的価値を形成しているものであるから、建物に根抵当権が設定されたときはその借地権も原則としてその効力の及ぶ目的物に含まれるものと解すべきである。したがって、借地人所有の地上建物に設定された根抵当権の実行により、買受人がその建物の所有権を取得したときには、従前の建物所有者との間においては、特段の事情のない限り、右建物に必要な借地権も買受人に移転する。そして、この理は本件のような場合も同様であり、本件建物の買受人Yは、本件建物の所有権を取得したのみならず、本件土地の借地権をも確定的に取得し、一方、甲およびその承継人であるXは、右借地権を喪失したものとすべきである。

したがって、右借地権を有することを前提とするXの請求は、その前提を欠き理由がない。

(3) 本判決の概要

しかしながら、本判決は、次のように述べて、本件を原審に差し戻した。

土地賃借人がその土地上に所有する建物について抵当権を設定した場合には、原則として、右抵当権の効力は当該土地の賃借権に及び、右建物の買受人と土地賃借人との関係においては、右建物の所有権とともに土地の賃借権も買受人に移転するものと解するのが相当である（最高裁昭和三九年(オ)第一〇三三号同四〇年五月四日第三小法廷判決・民集一九卷四号八一頁）。しかしながら、建物について抵当権を設定した者がその敷地の賃借権を有しない場合には、右抵当権の効力が敷地の賃借権に及ぶと解する理由はなく、右建物の買受人は、民法九四条二項、一一

○条の法意により建物の所有権を取得することとなるときでも、敷地の賃借権自体についても右の法意により保護されるなどの事情がない限り、建物の所有権とともに敷地の賃借権を取得するものではないというべきである。

これを本件についてみると、原審の確定した前記事実及び記録にあらわれた本件訴訟の経過に照らすと、乙及びAは本件土地に賃借権を有するものではなく、本件建物はそのことを前提にして競売されたものであることがうかがわれるのであって、Yは、Aが本件建物について設定した根抵当権に基づく不動産競売手続において、本件建物の所有権とともに本件土地の賃借権を取得するに由ないものといわなければならない。他方、前記事実によれば、甲は右賃借権をXに贈与したというのであり、Y側において、本件土地の賃借権について民法九四条二項、一一〇条の法意により保護されるべき事情が存することはうかがわれない。

そうであるとすれば、本件土地の賃借権者はXであり、本件土地の所有者の所有権に基づく返還請求権を代位行使することにより本件建物を収去して本件土地を明け渡すことを求めるXの請求は理由がある。

(4) 小括

本判決は、借地上の建物の事例であり、建物に関し、家屋補充課税台帳への登録をもって、九四条二項の類推適用は認めるものの、敷地の借地権があることについてはまでは認めていない。その理由として、調査官解説では、「抵当権を設定した建物所有者が敷地の賃借権を有していない場合にまで、当該抵当権の効力が敷地の賃借権に及ぶことを認める趣旨のものではない。」と説明されている。すなわち、本事案の場合、競売手続における物件明細書に、借地権がないことが明記されており、かつ、借地権がないことを前提にして評価がなされ、競売で落札されたという特別の事情がある。したがって、借地権がないと明示されているものにまで九四条二項の類推適用が及ぶものではないとしている。そうである以上、借地権があるという前提で購入したとする買受人Yの主張が認められないの

は当然であろう。

この事例の敷地の借地権も、平成二十一年名古屋高判の事案と同様、権利の外観はあるものの、これを主張する者に「善意」があったとはいえず、九四条二項の類推適用が否定された例にあげられる。

七 民法九四条二項に関する判例の考え方

(1) 民法九四条二項の類推適用の場合

まず、民法九四条二項の類推適用の場合、善意のみでよいのか、無過失も要求されるのかという点につき、判例は、a. 最一小判昭和四一年二月二二日（民集二〇巻一〇号二二六八頁）が、第三者が民法九四条二項の保護を受けるためには、自己が善意であったことを立証しなければならないものと解するのが相当である旨判示したほか、b. 最一小判昭和四一年三月一八日（民集二〇巻三三九四一頁、判例時報四四六号三九頁、判例タイムズ一九〇号一一九頁）、c. 最一小判昭和三七年九月一四日（民集一六巻九号一九三五頁）、d. 最一小判昭和三五年二月二日（民集一四巻三三六頁）、および e. 最一小判昭和二九年八月二〇日（民集八巻八号二五〇五頁）も同旨であり、一貫して善意で足りると解釈している。

学説には、この類型を「意思外形対応型」と表現し、これを「外形自己作出型」と「外形他人作出型」に分け、次の(2)の場合を「意思外形非対応型」と表現される考え方が多い。分類する理由、分類の仕方には賛成するが、用語として直接・明瞭でなく、何を示しているのか分かりにくい欠点がある。それよりも、帰責性の判断材料としても使う、(真の権利者が)関与しているかどうかとか、承認あるいは放置しているかどうかを類型用語に使う方が簡潔明瞭であると思う。

(2) 民法九四条二項と一一〇条との類推適用の場合

他方、民法九四条二項と一一〇条との類推適用の場合は、善意無過失が要件であるとしている。たとえば、i. 最一小判昭和四五年一月一九日（民集二四卷二二号一九一六頁、判例時報六一六号六三頁、判例タイムズ二五六号一二〇頁、金融法務事情六〇二号五二頁、同六〇五号三二頁、金融・商事判例二四二号一〇頁）は、甲が、乙からその所有不動産を買い受けたものであるにもかかわらず、乙に対する貸金を被担保債権とする抵当権と右貸金を弁済期に弁済しないことを停止条件とする代物弁済契約上の権利とを有するものとして、抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記を経由した場合において、丙が乙から右不動産を買い受けて所有権取得登記を経由したときは、丙が善意無過失である限り、甲は、丙に対し、自己の經由した登記が実体上の権利関係と相違し、自己が仮登記を経由した所有権者であると主張することはできないと解すべきであるとしている。

この点、g. 最一小判昭和四三年一月一七日（民集二二卷一〇号二一八八頁、判例タイムズ二二八号九九頁）、h. 最一小判昭和四五年六月二日（民集二四卷六号四六五頁、判例時報五九四号六〇頁、判例タイムズ二五一号一七四頁、金融法務事情五八八号二五頁、金融・商事判例二一九号五頁）、および i. 最一小判昭和四七年一月二八日（民集二六卷九号一七一五頁、判例タイムズ二八八号一九五頁）も同様に善意だけでは足りず、善意かつ無過失をその要件としている。

(3) 外観作出への関与——関与している例

民法九四条二項の類推適用にあたって、真の権利者が外観の作出に関与することが要件であるかどうかについては、特に要件とはしていないようである。すなわち、外観作出に関与した場合も類推適用しているし、関与していない場合にもその例がある。

まず、関与している例としては、j. 最二小判昭和四五年七月二四日（民集二四卷七号一一一六頁、判例時報六〇三号五〇頁、判例タイムズ二五二号一四九頁）がある。この判例は、不動産の所有者甲が、乙にその所有権を移転する意思がないのに、乙名義を使用して他からの所有権移転登記を受けたときは、右登記について乙の承諾がない場合においても、民法九四条二項を類推適用して、甲は、乙が右不動産の所有権を取得しなかったことをもって、善意の第三者に対抗することができないものと解すべきであり、民法九四条二項にいう第三者とは、虚偽表示の当事者またはその一般承継人であつて、その表示の目的につき法律上利害関係を有するに至つた者をいい、甲乙間における虚偽表示の相手方乙との間で右表示の目的につき直接取引関係に立つた丙が悪意の場合でも、丙からの転得者丁が善意であるときは、丁は同条項にいう善意の第三者にあたると判示している。

また、前掲 e. 最二小判昭和二九年八月二〇日は、甲から不動産を買受けた乙が、丙にその所有権を移転する意思がないにもかかわらず、甲から丙名義に所有権移転登記を受けることを承認したときは、民法九四条二項を類推し、乙は丙が所有権を取得しなかったことをもって善意の第三者に対抗し得ないものと解すべきであると判示している。

さらに、k. 最三小判昭和四四年五月二七日（民集二三卷六号九九八頁、判例時報五六一号四〇頁、判例タイムズ二三六号一一九頁、金融法務事情五五八号二四頁、金融・商事判例一六五号五頁）は、甲が乙の承諾のもとに乙名義で不動産を競落し、丙が善意で乙からこれを譲り受けた場合においては、甲は、丙に対して、登記の欠缺を主張して右不動産の所有権の取得を否定することはできないと判示している。

(4) 外観作出への関与——関与していない例

不実の登記等の作出に真の権利者が関与していない場合としては、l. 最三小判昭和四五年九月二二日（民集二

四卷一〇号一四二四頁、判例時報六〇九号四〇頁、判例タイムズ二五四号一四四頁、金融法務事情五九五号四三頁）が、不動産の所有者の不知の間に、他人により右不動産につき不実の所有権移転登記が經由された場合において、右所有者が不実の所有権移転登記のされていることを知りながら、該登記を存続せしめることを明示または黙示に承認していたときは、民法九四条二項を類推適用し、所有者は、右不動産につき法律上利害関係を有するに至った善意の第三者に対し、登記名義人が所有権を取得していないことをもって対抗することができない旨判示している。

また、m・東京地判昭和五六年三月三十一日（判例タイムズ四四八号一一五頁）は、土地所有者が当該土地につき無効な所有権移転登記がなされていることを知りながら「昭和四一年八月頃」、何らの措置をとらないで放置している間に、登記名義人から当該土地を善意、無過失で買い受けた者がいる場合「昭和四二年一〇月三日」、当該土地所有者は当該登記の無効をもって買受人には対抗できない旨判示している。

さらに、n・大阪高判昭和五九年一月二〇日（判例タイムズ五五五号二二八頁）は、不動産（山林）を買い受けた所有者Xが、右買受けから一〇年余り、しかもその間にA名義の不実の所有権移転登記の存在を知ったにもかかわらず五年余りも、登記名義取得のための手段をとることもなく放置していた事案において、このような場合には、所有者Xは、その不実の登記の作出に密接な行為をしていなくとも、その登記を信頼して取引に入った善意の第三者であるYらに対し、その登記名義人Aが所有権を有していなかったことを対抗することはできないとして、原判決を破棄し、善意の第三者を保護すべく自判している。

これらの判例から、不実の登記作出等に関与していなくても、「明示あるいは黙示の承認」や、「何らの措置もとらないで放置」があつた場合には、民法九四条二項の類推適用をして取引の安全を優先させていることが窺われる。前述の通り、平成一八年最判は、真の権利者が不正な所有権移転登記がなされたことにつき知らないものの、漫然と「放置」したことを事実上黙認と同様の帰責性を認め、民法九四条二項の類推適用の新たな事例として追加し

たものと思料される。

(5) 民法九四条二項の類推適用を否定した例

否定した例としては、次のようなものがある。たとえば、o・東京高判昭和六〇年一月二十九日(判例タイムズ五五四号一八〇頁)は、不動産を購入したXが、その仲介業者Aに別の不動産の売却の仲介を依頼したところ、AがXから交付を受けた印鑑証明書、白紙委任状と勝手に入手した権利証を使用して右不動産を自己名義に移転登記を経由したうえ、Yから金を借りて抵当権設定登記を経由したので、Yらに対し抹消登記の承諾を求めた事案において、本判決は、Xが本件不動産についてこれをAに移転するなどの意思はなかったこと、Xにおいて不実登記の作出を知らずながらこれを承認していたとは認められないこと、XがAに交付した印鑑証明書、委任状等が冒用されることをXが予知しえたものとは認められないこと、などの事情を考慮すれば、民法九四条二項、一一〇条の類推適用の法理によりXの真実の権利関係の主張を制限するのを相当とすべき場合には当たらないと判示している。

また、p・東京地判平成四年九月十八日(金融法務事情一三七七号三六頁)は、要素の錯誤のため無効または存在しない売買によって不動産の所有権移転登記を受けた者から売買により所有権移転登記を経由した者を真の所有者と信じて、銀行が根抵当権設定契約を締結しても、右所有権移転登記経由者の不動産購入の経緯について調査していない以上無過失とは認められず、銀行は、民法九四条二項、一一〇条の趣旨により保護されないと判示している。

平成一五年最判は、真の権利者の属性などから過失があるとは認められず、民法九四条二項、一一〇条の法意に照らして類推適用を肯定すべき事情はないとしている。平成一二年最判の借地権についての部分や本判決も否定事例として付け加えられよう。

八 検 討

平成一二年最判の事例の場合には、物件明細書などにより借地権がないことが買受人にも知る機会が与えられているのであるから、借地権があるという外観があるものの、はじめから保護すべき対象であるとはいえない。したがって、民法九四条二項等の類推適用はないと解釈すべきである。

平成一五年最判の事例の場合には、短期間の間に転々と売買がされており、かつ、その契約金額にも疑問があるケースであるが、真の権利者に落ち度がないと判断される場合には、民法九四条二項等の類推適用はなく、また不動産登記に公信力がないことから所有権移転登記を得たとしても権利を取得することはできないことが再確認される。これは、登記等を信じて取引関係に入ったとしても、真の権利者が優先するため、たとえ善意無過失であっても保護されないということである。

他方、平成一八年最判の事例は、平成一五年最判の事例と類似点が多いものの、真の権利者の対応等に決定的違いがあるように思える。民法九四条二項の類推適用を広げすぎると公信力がないとした意味がなくなり、静的安全が確保できないことになるが、本事案の真の権利者の行為は、「知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いもの」といふべき「帰責性があり、他方、登記を信じた者が善意・無過失であった」という事情から、両者の利益バランスを考慮したものと判断され、限界的なケースといえよう。なお、この事例は、多数説がいわゆる「意思外形非対応型」である。つまり、真の権利者Xが許容した以上の権利異動をAが行なっていることから「対応型」ではなく、「非対応型」であると解される（平成二一年七月の法律実務研究会における村田博史京都産業大学教授の発言）。

最後に、平成二一年名古屋高判の事例は、高裁判決が明言するように、予告登記がなされた事例であり、その存在を登記全体から考慮すると、権利の外観を保護する理由があつたとはいえない事例である。したがって、所有者の欄だけを見て所有者であると判断するのではなく、登記簿全体から判断すべきであつたものと思料される。

以上のことから勘案すると、所有権や担保権を取得しようとする者の立場からは、当該不動産の事前調査は登記簿全体から判断すべきであり、競売手続にあるものに関しては、さらに物件明細書の記載事項等も含めて、総合的に見るべきものと言えよう。もちろん、権利を取得するにあつては、万全を踏み、過去の権利異動をすべて調べることが考えられるが、非現実的であろう。真の権利者の知らない間に不動産の所有権移転や抵当権設定登記を受け、その売買代金や借入金を騙し取ろうと考える者は、真の権利者に察知されることをおそれるため、長期間にわたって不実の登記のままにしておくことは少ないものと思われる。そうすると、少なくとも直近の三ヶ月ないし六ヶ月の異動と総合的な権利の外観の双方をチェックしておけば、ほとんどのケースにおいてこのリスクを回避することができのではないかと思われる。

△参考文献▽

- ① 柳川俊一「不動産の売買と公信の原則」不動産法大系Ⅰ二二二頁。
- ② 鈴木重信「不動産を買い受けた者が抵当権および停止条件付代物弁済契約上の権利を有する者として抵当権設定登記および所有権移転請求権保全の仮登記を経由した場合と第三者」金融法務事情六〇五号三三三頁。
- ③ 内田貴「民法Ⅰ〔第二版〕補訂版・総則・物権総論」六二頁。
- ④ 秦光昭「不動産競売における建物の買受人が民法九四二条二項・一一〇条の法意により保護される場合と敷地借地権の主張の可否」金融法務事情一六一五号五頁。
- ⑤ 小野秀誠「民法九四二条二項・一一〇条の法意による建物所有権の取得と不動産競売手続における建物の買受人の敷地賃借権の取得」金融・商事判例一一二〇号六六頁。

- ⑥ 石田剛「借地上建物の所有権移転登記に対する抵当権者の信頼保護と借地権の帰趨」法学セミナー五五八号一〇九頁。
- ⑦ 武川幸嗣「民法九四条二項・一一〇条の法意に基づく建物所有権の取得と敷地賃借権との関係」法学教室二五一号一六六頁。
- ⑧ 中倉寛樹「民法九四条二項、一一〇条の法意による建物競落人の所有権取得と敷地賃借権」私法判例リマックス二〇〇二八上V一八頁。
- ⑨ 拙稿「不動産登記法四四条の保証書による登記申請をした者の不法行為による損害賠償責任」金融法務事情一四四七号四〇頁参照。
- ⑩ 佐久間毅「民法九四条二項および民法一一〇条の類推適用による不動産登記名義に対する正当な信頼の保護」NBL八三四号一八頁。
- ⑪ 増森珠美「不実の所有権移転登記がされたことにつき所有者に自らこれに積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い帰責性があるとして民法九四条二項・一一〇条を類推適用すべきものとされた事例」ジュリスト一三三三三号一一二頁。
- ⑫ 近藤昌昭・影山智彦「他人が無断で作出した外観につき本人がその外観作出を承認等もしていないケースにおいて民法九四条二項、一一〇条の類推適用を認めた一事例についての検討」判例タイムズ二七六号二七頁。
- ⑬ 磯村保「所有者に重い帰責性のある不実の登記作出と民法九四条二項・一一〇条の類推適用」ジュリスト一三三三三号六六頁。
- ⑭ 中本敏嗣・中村修輔「不実の所有権移転登記がされたことにつき所有者に自らこれに積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い帰責性があるとして民法九四条二項・一一〇条を類推適用すべきものとされた事例」判例タイムズ一四四五号二二頁。
- ⑮ 武川幸嗣「不実の所有権移転登記がされたことにつき所有者に自らこれに積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い帰責性があるとして民法九四条二項、一一〇条を類推適用すべきものとされた事例」民商法雑誌一三五・二号一一一頁。
- ⑯ 四宮和夫「能見善久「民法総則（第七版）」一八四頁。拙稿「不動産登記の公信力と民法九四条二項との関係について」判例タイムズ一三四号九一頁。